

성풍속 처벌의 형사법적 한계

이 덕 인*

국 | 문 | 요 | 약

바람직하지 아니한 성행동에 대한 형사 처벌은 근본적으로 성풍속이라는 사회적 법익의 모호성, 구성요건의 표지들에 대한 해석학적 불특정성, 의도한 형사정책적 목적에 도달할 수 없는 비효율성으로 인하여 막연한 직관적 추측을 불러오고 구성요건의 표지를 정확하게 해석할 수 없게 하여 결과적으로는 형사정책적 측면에서 의도하는 성윤리의 고양이라는 목적에 도달할 수 없는 한계가 작용한다. 더불어 건전한 성풍속이나 사회의 성도덕성윤리라는 사회적인 법익의 실체가 과연 무엇이고, 그러한 사회적 법익의 판단기준과 당벌성 및 처벌범위의 문제 역시 과거 형법이 제정될 당시와는 근본적인 차이가 있다는 점에서 이에 대한 재검토가 요청된다. 또한 사회구조와 윤리의식의 빠른 변동을 경험한 사회에서 나타나는 첨예한 가치관과 세계관의 갈등을 형벌규범을 투입하여 해결하려는 시도는 정당하지 아니하며, 단지 제한적으로 개인 또는 일부 집단의 윤리로서만 요구될 수 있는 가치를 형사법의 이름으로 유지하거나 타인에게 강제하는 것은 합리적 형사입법정책과는 거리가 멀고, 오히려 평화로운 사회질서를 흐르는 갈등의 소지가 될 수 있다. 그러므로 단순히 성적으로 부도덕하거나 불경건, 불건전한 행위에 대해서는 형벌규범은 물려서고, 자율적인 사회통제체계에 그 책임을 맡겨야 하며, 사회공동생활의 유지를 명백히 저해하는 반사회풍속적 행위에 국한하여 형사법적 통제의 대상으로 삼아야 할 것이다.

따라서 성풍속범죄와 관련된 개별 범죄구성요건을 분석할 때 간통죄의 경우는 처벌의 정당성이 없기 때문에 비범죄화하는 것이 타당하나 헌법재판을 통해 이를 처리할 것이 아니라 입법절차에 따라 폐지해야 한다. 음행매개죄는 보호객체와 가벌성의 범위를 현실에 부합하도록 좁혀야 할 것이다. 아울러 성매매에 있어서는 자발적 성매매에 개입한 성인인 행위자 쌍방에 대해 처벌하는 것은 옳바르지 아니하기에 가벌성의 범위는 청소년을 대상으로 한 경우로 제한하고, 다만 이러한 행위를 매개하는 자에 대해 처벌을 강화하는 방향으로 형벌규범을 정비하는 것이 바람직하다. 더불어 공연음란죄 역시 보호법익에 대한 재검토를 토대로 음란성 판단의 기준을 올바르게 확립하여 가벌성의 범위를 조정하는 것이 타당하다.

❖ 주제어 : 비범죄화, 간통, 성매매, 음행매개, 공연음란

* 부산정보대학 경찰경호계열, 교수, 법학박사.

I. 문제의 제기

인간에게는 다른 개체에서 발견되지 아니하는 고유한 성적 본질인 성욕(sexuality)이 존재하며, 이는 본능에 가까운 교미의식을 넘어 인간존재가 무한한 창조력을 발휘하는 원동력으로 작용한다. 그러나 성욕에는 인류문명의 진화와 발전에 기여한 긍정적 측면과 함께 인간의 삶에서 모순되고 혼란스러운 부정적 측면이 공존한다. 그 결과 오늘날, 한편으로 자유롭게 성욕에 대해 탐색해야 한다고 생각하면서도 다른 한편으로는 이와 관련된 직·간접적 표현에 대해 도덕적·규범적 차원에서 비난과 형사제재를 가하고 있다. 그런데 인간의 정체성과 삶에 있어서 중요한 부분을 차지하는 성행동에 대해, 이를 외부로 드러내는 행위를 바라보는 규범의 태도는 시대와 사회변화에 따라 유동적일 수밖에 없다. 더불어 시민의 자유와 안전을 침해하거나 적어도 위협하지 아니하는 성적 부도덕함 또는 일탈행위는 도덕적 비난이 될 뿐이며, 그것이 평화로운 사회공동생활을 심각하게 훼손하는 정도에 이르지 않는다면 형벌규범의 개입은 가급적 자제되어야 한다. 다만 성욕의 외적 표출에 대해 형벌의 견역을 기대할 수 없는 상황에 도달했다면 사회윤리적 기본질서의 내용이 변화하는 가치관이나 세계관과 맞물려 그 시대와 사회를 어떻게 규율하고 있는지를 고려하여 가벌성 내지 당벌성을 근거 지어야 할 것이다.

최근 우리 사회에서는 전통적 윤리와 규범으로 대처할 수 없는 자유로운 성관련 태도와 행위가 확산되고 있으나 여전히 성에 대해 말하고 행동하는 것이 수월하지 않을뿐더러 경우에 따라서는 사회적 법익 침해가 된다는 입장과 근거들에 의해 이를 금기시키고 있다. 따라서 이 논문에서는 성욕구의 표현 가운데 성행위와 직접적으로 연관되어 있는 간통, 음행매개, 성매매, 공연음란행위에 대한 형벌적 규제의 정당성을 검토해 보기로 한다.

II. 형사법상 성폭속범죄 처벌규정의 제·개정

1. 형법

가. 제정당시

1948년 8월 15일, 정부 수립과 동시에 출범한 법전편찬위원회는 이듬해인 1949년 11월 12일, 형법초안을 작성하여 정부에 제출하였고, 정부는 이 초안에 간통죄를 쌍벌로 하는 1개의 조문을 추가한 뒤 1951년 4월 13일, 국회에 제출하자, 국회 법제사법위원회는 이에 대응하여 간통죄 규정을 삭제하는 수정안을 제안하게 된다. 이후 1953년 3월 23일, 형법안에 대한 긴급 상정 결의안이 본회의를 통과하고, 같은 해 4월 14일 제1독회를 시작으로 12회에 걸친 본회의 심의가 개최되었는데 유독 국회의원들의 개별수정안이 제시될 만큼 간통죄에 대한 논의는 뜨거웠다.¹⁾ 우리 형법 제정에는 일본형법가안(1943)이 끼친 영향을 부인할 수 없는데, 현행 간통죄 규정 역시 이를 참조하여 조선형사령(朝鮮刑事令)에 의해 의용되었던 일본형법의 규정에서 단서조항만 삭제된 것이었다.²⁾

관련 자료를 토대로 간통죄에 대한 독회의 논의내용을 살펴보면 표면적으로는 건전한 성풍속 또는 성도덕을 보호하는 것을 쟁점으로 삼고 있으나 그 실질은 양성불평등을 시정하기 위한 하나의 사회정책적 시스템으로써 이 조문에 대한 의견이 개진되었고, 나아가 현행 형법에는 규정되어 있지 않지만 중혼금지(정부초안 제258조)를 전근대 사회까지 국가에 의해 공인되던 축첩제도(蓄妾制度)와 연계하여 언급하고 있다.³⁾ 이외에 다른 성폭속 관련 범죄구성요건은 이론 없이 독회 논의를 거쳐

1) 관련 수정안으로는 서면으로 제출된 변진갑 외 수정안, 방만수 외 수정안, 박순천 외 수정안 그리고 제2회 독회 도중 구두로 제출된 김봉조 수정안 등이 있다. 자세한 내용은 신동운(편), 형법제정·개정자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 276면 이하 참조.

2) 일본형법가안에는 종전의 일본형법상 간통죄 규정이 남성에게만 고소권을 주고 있다는 점을 극복하기 위하여 이른바 사통죄(私通罪)를 구성요건으로 두고 있었다(제325조). 그러나 이 규정도 엄밀하게 보자면 남성의 간통은 눈감아 주되 본처를 유기하거나 학대, 모욕한 경우에만 제한적으로 처벌한다는 점에서 여전히 성차별이 전제된 범죄구성요건이라고 할 수 있다.

3) 구한말까지 기혼남성의 혼외 성관계인 축첩제도는 법적으로 허용되었으나(형법대전 제64조 7호), 일본의 식민지배체제가 확립되면서 1915년 조선총독부 통첩 제24호에 따라 첩의 호적 입적은 금지

심의가 종결되었으며, 성매매에 대해서는 사회적 관용의 분위기 속에서 형법제정 당시 논의대상에 포함되지 아니하였다.⁴⁾

나. 개정과정

형법 제정 후 30여년이 경과한 1985년 12월 20일, 법무부는 형법전의 전면 개정을 위한 기본방향 가운데 하나로 ‘사회의 가치관 및 윤리관의 변화에 따른 비범죄화’와 ‘사회정세의 변화에 따른 범죄화’를 제시한 바 있다.⁵⁾ 이러한 취지에 따라 검토대상에 간통죄, 공연음란죄 등 성풍속에 관한 범죄도 포함되었으나,⁶⁾ 개정 결과를 보면 비범죄화의 시도는 전혀 반영되지 않았다. 이후로 2007년부터 다시 형법 개정이 추진되면서 20여년 전 빛바랜 슬로건을 꺼내들어 사회변화로 인한 범죄화 및 비범죄화와 각종 형사특별법에 대한 형법전으로의 흡수, 통합을 천명하고 있으나,⁷⁾ 이러한 목표가 어느 정도 실현될 수 있을 것인지는 진행 중인 개정작업을 지켜 볼 필요가 있다.

우리 형법이 처음으로 각칙분야에 대한 전면적인 개정을 논의한 것은 1995년의 제3차 개정에서였는데, 특히 성풍속범죄와 관련하여 형사법개정특별심의위원회는 개인적 자유주의 사상과 성적 자기결정권을 존중하는 차원에서 간통죄를 폐지하기로 하였다. 음행매개죄 또한 ‘음행의 상습 없는 부녀’라는 개념의 불명확성으로 인하여 법집행과 적용의 자의적 판단을 이끄는 위험성이 있으며 실제로 이 조문은 사문화되었음을 이유로 폐지하자는 쪽으로 의견의 일치를 보았다. 공연음란죄의 경우는 범죄구성요건이 명확성의 원칙에 반한다는 지적에 따라 폐지 또는 수정을 검토하였

된다. 그러나 이후로도 축첩행위 자체가 형사처벌의 대상이 아니었고 일제강점기에는 암묵적으로 첩을 사고파는 행위를 거래로 간주하여 이른바 ‘축첩세’의 징수가 고려될 만큼 이러한 행위는 사회적 관행으로 인식되고 있었다. 1924년 7월 5일자 및 1933년 12월 2일자 동아일보 기사 참조.

- 4) 1948년 미군정청에 의해 공포된 공창제폐지령(과도정부 법률 제7호)으로 공적 관리형태의 성매매는 금지되었으나 성매매 자체를 불법화하지 않았기 때문에 오히려 전국적으로 집창 형태의 사창이 성행하게 되었다. 이후 윤락행위등방지법이 등장할 때까지 사창을 이용한 성욕구의 배설행위는 윤리적인 차원의 비난을 제외하고 암묵적으로 형벌에 의한 비난으로부터는 배제되어 있었다.
- 5) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 형사법개정자료, 1992. 10, 9면.
- 6) 법무부, 형사법개정공청회 자료집, 형사법개정자료(XII). 1992. 8, 411-412면.
- 7) 법무부, 형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서, 2011. 4, 4면.

으나, 다양한 대체개정안이 제출되었음에도 불구하고 존치하는 방향으로 의견이 수렴되었다.⁸⁾ 이에 따라 논의결과를 정리하여 개최된 형법개정공청회에서 형법은 시민들을 도덕적으로 훈육하기 위한 도덕법전이 되어서는 안 되고 사회질서 보전을 위한 필요최소한도의 법규범이어야 한다는 전제 아래 간통죄를 비범죄화하기로 하고, 공연음란죄에 있어서는 문언의 불명확성으로 인한 위헌소지를 지적하기도 하였으나,⁹⁾ 1995년 개정형법에는 이와 같은 결과가 수용되지 아니하였다. 최근 다시 형법개정을 준비하면서 구성된 형사법개정특별분과위원회 역시 간통죄를 삭제하는 대신 중혼죄를 신설하고, 음행매개죄 또한 삭제하되 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률과 (구)청소년의 성보호에 관한 법률상 규정된 일정한 성폭속범죄를 형법에 도입하며, 공연음란죄의 구성요건을 구체적으로 규정하자는 의견이 제시되어 있다.¹⁰⁾ 더불어 형법개정연구회의 다수의견에서도 간통죄와 음행매개죄를 폐지하는 개정시안이 제안된 바 있다.¹¹⁾

2. 성폭속 규제 형사특별법

가. 성매매

1961년 11월 9일, 제정된 ‘윤락행위등방지법’은 국민의 풍기정화와 인권 존중에 기여하기 위하여 윤락행위의 방지를 목적으로 하면서 윤락행위와 그 매개행위 등을 처벌하도록 되어 있다. 특히 제1차 개정에서는 윤락은 물론 이와 관련된 유인, 알선, 권유 등 매개행위를 세분화하여 구성요건별로 처벌에 차등을 두는 등 과거 행정형벌화된 처벌의 수위를 형벌적 수준으로 격상시키고 있으나 실질적으로 이 법률에 따라 형사 처벌되는 경우는 극소수였으며, 전형적으로 사문화된 형벌규범으로 인식되었다. 그러나 2000년대에 접어들어 집착업소에 종사하는 성매매여성에 대한 반인

8) 관련 보고내용에 대해 자세한 것은 형사법개정자료(VIII), 형법개정요강 소위원회심의결과, 형사법개정특별심의위원회, 1989. 1, 411-430면 참조.

9) 법무부, 형사법개정자료(XII), 1992. 8, 261면 이하 참조.

10) 법무부 형사법제과, 형법개정 및 양형규정공청회 세미나자료집, 2008, 157면 이하 참조.

11) 법무부·한국형사정책연구원·한국형사법학회·한국형사정책학회, 형법개정의 쟁점 및 검토, 2009. 9, 189-192면.

권적인 범죄행위가 사회적 관심의 대상으로 부각하게 되고 이들 업소에서 감금된 다수 부녀들이 화재 등으로 숨지는 사건이 연이어 발생하자 2004년 3월 22일, 이 법률을 폐지하고 ‘성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률’을 제정하게 되었다. 이에 따라 오늘날 우리 사회에서 성을 사고파는 현상과 이를 매개하는 행위는 단순히 윤리적 차원의 비난에 그치는 것이 아니라 형벌규범에 의해 처벌받아야 하는 가벌성이 충분한 범죄행위로 각인되어 있다.

나. 풍속영업

‘풍속영업의 규제에 관한 법률’은 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위 등을 규제하여 미풍양속의 보존과 청소년 보호에 이바지하려는 취지에서 제정된 행정형법으로 풍속영업자와 그 종사자들이 이를 위반하는 경우 벌칙을 부과하도록 되어 있다.¹²⁾ 이 법률의 주된 규제대상은 성매매 등을 비롯한 성적 문란행위로 압축되며, 법적으로 이를 규제하는 이유는 그것이 미치는 사회 환경적 영향 때문이라고 할 수 있다. 그런데 이 법률은 일본의 ‘풍속영업등의규제및업무의 적정화에관한법률(1948)’로부터 적지 않은 영향을 받은 것으로 평가되나, 일본이 유사 성교행위 등 특정 성산업을 부분적으로 허용하고 있는 것과 대조적으로 우리나라는 어떤 형태의 성산업도 전면적으로 금지하고 있다. 이 법률의 벌칙규정에서는 풍속업소에서 성매매를 알선하는 행위(제10조 제1항), 음란행위를 하게 하거나 이를 알선 또는 제공하는 행위를 처벌하고 있으며(제10조 제2항), 최근 발의된 개정 법률(안)에서는 음란퇴폐영업의 증가를 규제하기 위하여 풍속영업의 범위를 확대하고 있다.¹³⁾

다. 기타

직접적으로 성풍속을 규제하지는 않지만 별도의 입법목적에 따라 제정된 형사특별법에서 성풍속과 관련된 내용을 조문으로 정비해 둔 경우도 있다. 이에 속하는

12) 이 법률 이전에도 1962년 1월 25일, 국가재건최고회의에 의해 ‘풍속영업법안’이 제안된 바 있으나 해당 법안은 폐기되었다.

13) 2011. 1. 6. 발의 의안번호 제1810586호.

대표적인 법령으로 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’과 ‘아동복지법’을 들 수 있다.

전자는 심각한 사회문제로 떠오른 청소년 대상 성행위가 더 이상 방치할 수 없는 상황에 이르렀다는 인식 아래 청소년의 성을 사거나 이를 조장하는 여러 형태의 중간매개행위자들을 강력하게 처벌하고, 성매매의 대상이 된 청소년을 보호·구제하기 위한 법적 장치를 마련하고자 당초에는 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’로 제정된 것이다. 이후 법령의 명칭을 변경하여 아동도 이 법에 따른 보호대상임을 명확히 하고, 아동·청소년을 대상으로 한 유사 성교행위 및 성매수 유인행위에 대한 처벌 규정을 신설하여 아동·청소년의 성보호를 더욱 강화하고 있으며, 특히 아동·청소년에 대한 성매매는 동의 여부에 관계없이 상업적 성착취로 규정하고 있다. 후자는 원래 1923년 9월 제령 제2호로 공포된 조선감화령(朝鮮感化令)을 폐지하면서 1961년 12월 22일, 제정된 아동복지법이 그 모태이며, 제정당시부터 아동에 대한 음행과 음행매개를 금지행위로 규정하고 있다. 이에 따라 현행 아동복지법 제17조는 13세 이상 18세 미만 아동에게 음행을 시키거나 음행을 매개하는 행위를 처벌하고 있다.

3. 비판

주지하는 바와 같이 우리 형법은 제정과정에서 여러 나라의 당대 형법전이 참조되었다.¹⁴⁾ 그러나 현행 형법규정의 절대 다수가 여전히 실질적 측면에서는 조선형사령에 의해 통용되던 (구)형법(일본 현행 형법)의 잔재 위에, 형식적으로는 일본형법가안으로 채워진 것임을 부인할 수 없다는 점에서 성폭속범죄 역시 그 영향으로부터 자유로울 수 없는 한계가 있다.¹⁵⁾ 이것은 우리 형법의 윤리적 색채가 농후하게

14) 여기에 참조된 형사법전으로는 중화민국(중국)형법전(1935), 만주형법전(1937), 개정 소비에트연방형법전(1933), 일본형법가안(1940), 개정 독일형법전(1933), 독일형법초안(1930), 브라질형법전(1940), 프랑스형법전(1810), 인도형법전(1860), 이탈리아형법전(1930), 체코슬로바키아형법전(연도미상), 스위스형법전(1937), 스페인형법전(1928) 등이다. 그러나 이들 국가의 형법전들을 직접 입수하여 연구한 것은 아니며 일본형법가안을 참고하는 과정에서 그 권말에 첨부된 일본자료를 번역한 수준에 그쳤다.

15) 이에 대해서는 류전철, “일본형법이 한국형법에 미친 영향”, 『법학논총』 제29권 제2호, 2009, 237

된 배경을 밝히는 작업과도 관련되는 문제로서 (구)형법이나 일본형법가안을 떠받 들고 있는 일본 특유의 형사이론에 대한 이해가 선행되어야 한다.¹⁶⁾ 더불어 제정형법(1953)의 제22장 ‘풍속을 해하는 범죄’라는 표제는 제3차 형법개정(1995)에서 풍속의 범위를 성풍속으로 제한하여 ‘성풍속에 관한 죄’로 자구를 수정한 후 현재에 이르고 있으나 성풍속이라는 단어는 우리의 언어적 관행과는 친숙하지 아니한 것이다. 왜냐하면 풍속이란 원래 고유의 미풍양속을 의미하는 것으로서 그 어의는 예로부터 사회에 전승되어 온 관혼상제나 의식주 등의 습관을 말하는 것이기 때문이다. 아울러 선량한 (성)풍속의 범위를 어디까지로 설정해야 하는지의 문제 역시 그 개념의 상대성, 다양성, 가치성 등으로 인하여 한마디로 정의하기 어렵다. 따라서 형법 제22장의 명칭은 ‘성적 온전성 내지 성적 감정 또는 일탈적 성행위에 대한 죄’로 변경하는 것이 타당하다.

형법제정 이전에 우리 사회를 기속했던 일본형법에서 간통죄 규정(일본 형법 제 183조)이 존재하였으나 일본은 양성불평등을 시정하기 위하여 이를 1947년 폐지되었으나 역으로 우리나라에서는 양성평등을 실현하기 위하여 간통죄 규정을 정부초안에 포함하여 국회에 상정한 것은 간통죄 처벌규정이 나타내는 양면성을 역설적으로 설명해 준다. 형법제정 당시 여전히 남존여비(男尊女卑)의 가부장적 권위주의 아래 사회적 약자의 위치에 놓여 있는 혼인한 여성을 보호할 목적으로 간통죄를 입법한 것이지만 오늘날 성에 대한 개방화된 인식과 여성의 지위가 과거와 달리 변화하였다는 이유를 제외하더라도 형법제정 당시 이 규정이 형법전에 포함되었던 것은 일탈적 사회현상을 과도하게 형벌규범으로 처리하려는 형벌만능주의의 부작용을 대변하는 것이라고 할 수 있다. 이외에도 음행매개, 성매매, 공연음란행위 등 그 속성상 암장범죄(暗葬犯罪)의 전형을 나타내는 성풍속범죄 역시 직접적인 피해자가 없거나 잘 드러나지 않은 것은 물론 보호법익과 가벌성 내지 당벌성의 문제에

면 이하 참조.

16) 일본형법가안은 ‘일본 고유의 도덕과 미풍양속의 유지’를 고려하고 이를 강화한 것인데, 이 개정가안은 나치독일의 형법강령과 많은 부분 유사한 점을 발견할 수 있다. 아울러 우리 제정형법이 지나친 윤리주의적 형법관으로 채색되어 있는 것도 이 개정가안의 영향이 크다. 허일태, “제정형법의 기본사상과 기초이론”, 『형사법연구』 제20호, 2003, 62면; 개정가안의 성립과정에 대해서는 오영근·최종식, “일본개정형법가안에 관한 일고찰”, 『형사정책연구』 제10권 제1호, 1999, 111면 이하.

대한 재검토가 필요하다고 판단된다. 따라서 산재되어 있는 성폭속 관련 형사특별법을 정비하여 형법전으로 편입하는 형법의 기본법적 제자리 찾기와 함께 가벌성이 인정되는 성적 온전성 내지 성적 감정 또는 일탈적 성행위를 가려내어 형법개정에 반영하는 작업이 중요한 문제임에는 틀림이 없지만 가급적 윤리적 색채가 짙게 배어 있는 전근대적인 형벌규범을 일소하는 차원에서 현재 진행되고 있는 형법개정 작업에 이를 충분히 논의하고 입법적 해결을 위한 방안이 마련되어야 할 것이다.

III. 비교법적 검토

1. 대륙법계 국가

가. 독일

1962년 독일형법초안(Entwurf 1962)은 법률로 빛을 보지 못하였으나 가벌성을 법익보호에 한정하지 않고 도덕률의 형사입법적 기준성을 인정하여 간통과 동성애, 수간, 매음알선 및 이와 유사한 풍속범죄 구성요건의 존속 또는 도입에 영향을 미쳤다.¹⁷⁾ 그러나 독일은 1969년 형법 개정을 통하여 간통죄 처벌규정을 삭제하였으며,¹⁸⁾ 현재로는 성폭속과 관련하여 독일형법 제172조의 중혼죄, 제173조의 근친간의 성관계가 범죄화되어 있다. 아울러 16세 미만 미성년자에 대한 성행위 알선 등 행위와 18세 미만자에 대한 성매매 알선행위(제180조), 타인 또는 배우자의 성매매나 성행위를 매개하는 음행매개행위(제181a조), 남성의 성기노출행위(제183조), 공연히 성적 혐오감을 조성하는 행위(제183a조), 성매매금지법 위반행위(제184d조), 18세 미만의 미성년자에 대한 성매매행위(제184e조) 등을 범죄구성요건으로 설정하고 있다.¹⁹⁾

17) Roxin, Strafrecht, AT, Bd. I, 3. Aufl. 1997, 4/19.

18) 임용교수는 독일이 1969년 형법개정을 통하여 간통, 수간, 성인간의 동성애에 대한 처벌규정을 삭제한 사례를 아무런 대체수단 없는 진정한 비범죄화라고 평가하면서 독일 사회의 성폭속 혹은 가치관의 변화로 종래의 성범죄행위가 자유화된 것이 비범죄화의 동기라고 지적하고 있다. 임용, “비범죄화의 방안에 관한 연구”, 『성균관법학』 제19권 제3호, 2007, 468면.

나. 오스트리아

오스트리아의 경우도 과거 가벌성이 인정되던 간통죄(오스트리아형법 제194조)를 폐지하였으며, 현행 형법에서는 중혼(제192조), 근친상간(제211조), 미성년자를 대상으로 한 성매매(제207b조), 16세 미만자에 대한 도덕적 위해행위(제208조)와 18세 미만자에 대한 동성애행위(제209조), 피감독자의 음행매개행위(제213조), 미성년자에 대한 성관계 알선행위(제214조), 성매매알선(제215조), 미성년자에 대한 성매매조장행위(제215a조), 공연음란행위(제218조), 음란교제광고(제219조), 동물과의 음란행위선동(제220a조) 등을 처벌하고 있다.²⁰⁾

다. 스위스

스위스 역시 간통죄(스위스형법 제214조)를 비범죄화하고, 이미 혼인하거나 또는 등록된 동거관계로 생활하고 있음에도 불구하고 다시 혼인하거나 동거관계를 등록한 행위를 중혼죄(제215조)로, 직계혈족 또는 친형제자매 및 이복형제자매와 동침한 경우 근친상간죄(제213조)로 처벌하고 있으며, 성적 완전성을 침해하는 가벌적인 행위로 성기노출행위(제194조), 성매매 조장행위(제195조), 기대하지 않은 타인 앞에서 성적 행위를 함으로써 공분을 야기하거나 타인에게 행동 또는 말을 통하여 심하게 성적 혐오감을 야기하는 경우(제198조), 불법 성매매행위(제199조) 등을 범죄구성요건으로 두고 있다.²¹⁾

19) Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch. Kommentar mit Erläuterungen, Beck Juristischer Verlag; Auflage: 25. A. (2007), § 172-§ 184e.

20) 오스트리아의 중혼죄규정에 대해서는 Christian Bertel, Klaus Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, besonderer Teil II, S.37 그리고 그 이외의 성적 무결성과 자기결정에 대한 죄인 제207a 조부터 제220a조의 구성요건에 관해서는 같은 책, S.60-85ff 참조.

21) 스위스형법은 제5장 성적 무결성에 대한 범죄행위에서 제194-195조 및 제197조, 제199조를 규정하고 제6장 가족에 대한 범죄에서 제213조와 제215조를 규정하고 있다. 각각의 구성요건에 대한 자세한 내용은 311.0 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2011) 참조.

라. 일본

일본은 (구)형법에서부터 풍속을 해하는 범죄에 대한 처벌규정을 두고 있었다.²²⁾ 현행 형법 제22장 외설, 간음 및 중혼의 죄에서 성폭속에 관한 죄를 규정하면서 공연외설(일본형법 제174조), 음행권유(제182조) 및 중혼(제184조)을 범죄구성요건으로 정비해 두고 있다. 1947년 형법개정으로 간통죄(제183조)를 삭제하였으나, 공연외설죄의 경우는 법정형을 가중하였으며, 2004년 형법 개정을 통하여 강제외설죄(제176조)를 새롭게 범죄화한 바 있다.

마. 프랑스

프랑스 또한 간통행위를 처벌하지 않는다. 그러나 타인의 시각적 접근이 가능한 장소에서 공연음란행위를 하는 경우 이를 개인적 법익인 성적 침해로 파악하여 처벌하고(프랑스형법 제222-32조), 성매매 역시 사람의 존엄성과 관계된 개인적 법익을 침해하는 범죄로 규정하면서(제225-5조부터 225-12조까지), 특히 미성년자 또는 특별히 취약한 자에 대한 성매매행위를 별도의 범죄구성요건으로 규정하고 있다(제225-12-1조부터 225-12-4조까지). 또한 미성년자가 참여하는 공연음란 또는 성관계가 포함된 집회를 조직하거나 미성년자의 타락을 조장하거나 조장하려는 행위를 처벌하는데, 특히 이를 범죄조직이 범하는 경우에는 가중 처벌된다(제227-22조). 성인이 15세 미만의 미성년자에게 전기통신을 수단으로 성적제안을 하거나(제227-22-1조), 미성년자에 대한 기타 성적 위해를 가하는 행위(제227-25조)와 존속 등에 의한 미성년자에 대한 성적 위해행위(제227-26조) 등도 처벌대상이다.²³⁾

22) 일본 (구)형법(1880) 태정관포고 제36호1상 풍속을 해하는 범죄는 제2편 공익에 관한 중죄·경죄(제6장)에 공연음란죄가 규정되어 있었고, 제3편 신체·재산에 대한 중죄·경죄(제1장 신체에 대한 범죄)의 제11절에서 외설·간음·중혼의 죄를 두면서 구체적으로 12세 미만 남녀에 대한 외설행위 또는 12세 이상의 남녀에 대해 폭행협박으로 외설행위를 한 경우를 처벌하고(제346조), 16세 미만 남녀의 음행을 권유하고 매합(媒合)하는 행위를 처벌하는 규정을 두었다(제352조). 또한 유부의 처가 간통한 경우 처벌되며 그 상간자 역시 처벌하되 본부의 고소가 있어야 하는데, 단, 본부가 중용한 경우에는 고소의 효력이 없다고 규정하고 있고(제353조), 중혼 역시 금지하고 있다(제354조).

23) 프랑스형법상 성폭속에 관련된 구체적인 범죄구성요건의 내용은 법무부 형사법제과, 프랑스형법, 2008, 123면 및 180면 이하 각 참조.

2. 사회주의국가

가. 중국

중국형법상 간통죄 처벌규정은 존재하지 아니하나 배우자 있는 자의 중혼(중국형법 제258조)과 특히 현역군인의 배우자와 동거 또는 결혼하는 행위(제259조)를 처벌하고, 폭력, 협박 또는 기타의 방법으로 부녀자에게 음란행위를 하는 경우 역시 가벌성이 인정되며(제237조), 아울러 공공질서교란죄에서는 많은 사람을 모아 음란 활동을 하는 경우를 처벌하는데 이러한 활동에 미성년자를 유인하여 참가시키면 가중 처벌되고(제301조), 성매매행위에 대한 조직, 강요, 유인, 장소제공, 소개행위(제358조-제359조)도 범죄구성요건으로 되어 있다.²⁴⁾

나. 북한

북한형법에서 (성)풍속형법적 요소를 담고 있는 범죄구성요건은 각칙 제8장의 사회주의 공동생활질서를 침해한 범죄에 나타나 있는데, 과거 사회주의 공동생활을 침해하는 범죄유형으로 10개 조문에서 규정하던 것을 2004년, 제6차 개정을 통하여 20개 조문으로 확대하였다. 북한형법 역시 간통을 처벌하지 않는 대신 중혼죄에 해당하는 비법혼인죄(제270조)로 탐욕 그 밖의 비열한 동기에서 여러 대상과 혼인하였거나 다른 사람의 가정을 파탄시킨 자를 처벌하도록 하고 있으며, 형법 개정을 통하여 매음죄(제261조), 음탕한 행위죄(제262조)를 새롭게 범죄화하였다. 북한형법상 이러한 신설규정은 풍속형법의 기능을 강화하여 반사회적 일탈행위에 대한 처벌을 강화하고자 하는 노력의 일환으로 이해될 수 있다.²⁵⁾

3. 이슬람국가

신앙과 형벌규범이 혼재되어 있는 이슬람사회에서 성풍속범죄에 대한 처벌은 서

24) 법무부 형사법제과, 중국형사법, 2008, 103면 및 126-133면 각 참조.

25) 한인섭, “2004년 북한형법 개정, 그 내용과 의미”, 『서울대학교 법학』 제46권 제1호, 2005, 436-437면.

구와 비교할 때 상대적으로 가혹하다.²⁶⁾ 이란에서는 혼인 여부를 묻지 않고 모든 혼외의 성관계를 간음으로 규정하고 있는데(이란형법 제63조), 경우에 따라서는 사형에 처해지기도 한다(제82조 및 제90조). 사우디아라비아 역시 간통죄를 사형에 처해지는 범죄구성요건으로 규정하고 있으나 남성은 처벌에서 쉽게 빠져나올 수 있는 반면 여성의 경우는 예외 없이 사형으로 처벌된다. 예멘 또한 혼인관계 이외의 성행위를 처벌하면서(예멘형법 제263조), 기혼자의 간통은 상간자 쌍방을 모두 사형으로 처단하는데 만일 부가 간통한 처와 상간자를 살인하더라도 1년 이하의 징역 또는 벌금형으로 비교적 가볍게 처벌된다(제232조).

이들 이슬람국가에서는 공통적으로 성매매 역시 엄형으로 다스리고 있는데, 이란과 사우디의 경우 성매매를 반복적으로 저지른 상습범에 대해서는 사형으로 처벌이 가능하다. 그러나 이란은 엄격한 성분리정책에 근거하여 성매매를 금지하면서도 한편으로는 시게(Sigheh)라고 하는 합법적 성매매를 허용하고 있으며,²⁷⁾ 사우디의 경우에도 걸프지역 국가 가운데 성매매 종사자의 집결지로 알려질 만큼 성산업이 발달되어 있다. 예멘 또한 성매매를 금지하고 있으나(예멘형법 제278조), 다른 이슬람 국가에 비해 상대적으로 관대한 처벌(3년 이하의 징역형 또는 벌금형)로 인하여 다양한 형태의 성매매가 성행하고 있다.

4. 검토

비교법적 측면에서 이슬람 국가를 제외한 대다수의 국가들이 간통행위는 처벌하지 않는 반면에 중혼처벌 규정을 두고 있으며,²⁸⁾ 독일과 오스트리아, 스위스 등의 경우 근친상간죄를 규정하고 있다. 아울러 이들 비교대상국가에서는 법익의 편제를

26) 이와 관련하여 Sumbul Ali-Karamali, *The Muslim Next Door: The Qur'an, The Media, and The Veil Thing*, White Cloud Press, 2008, pp.198 이하 참조.

27) Willem M. Floor, *A social history of sexual relations in Iran*, Mage Publishers, 2008, pp.146-149 참조.

28) 오영근 교수는 우리나라가 다문화사회로 접어들면서 국제결혼이 빈번해지면 국내에서 법률혼을 한 사람이 외국인과 중혼을 하거나 법률혼을 한 외국인이 내국인과 중혼하는 경우가 많아질 것을 예상하여 간통죄를 폐지하는 대신 중혼죄를 신설해야 한다는 의견을 제시한 바 있다. 법무부 형사법제과, 형법개정 및 양벌규정 개선공청회 세미나자료집, 2008, 183-184면.

명확히 하지 아니하고 있는데 비해 우리나라와 일본의 경우는 사회적 법익 안에 성폭속에 관한 죄를 규정하고 있다. 그런데 서구사회를 중심으로 일부다처의 중혼이 금지되는 이유는 추상적으로 개념화되어 있는 사회적 법익에 대한 침해가 문제되는 것이 아니라 여성에 대한 남성간의 경쟁을 제한하여 경제적으로 부유하지 아니한 남성에게 혼인과 성행동의 기회를 보장하기 위한 측면이 강하다.²⁹⁾ 다시 말해 서구사회에서 간통죄를 대세적으로 폐지하고 중혼죄를 규정하게 된 배경은 혼인 외의 성관계를 더 이상 가부장적 권위주의와 결부시키지 않고 성욕 그 자체와 연결된 성문화적 차원의 문제로 이해하려는 인식이 정착되었기 때문이라고 평가할 수 있다. 즉, 사적인 성관계를 형벌규범으로 다스려서는 안 되며, 여성의 권익 신장과 개방화된 성문화의 확산은 휴지조각에 불과한 간통죄 규정이 아니라 현실적인 측면에서 남성우월주의로부터 여성을 보호할 수 있는 다양한 장치를 마련하도록 촉구하게 된 것이다.

또한 이슬람사회를 중심으로 일부국가가 성매매를 범죄화하여 중형으로 처벌하는 경우도 있지만 대체로는 성매매 자체가 아니라 이에 개입한 제3자의 알선 등 매개행위를 중심으로 처벌을 가하되, 그 역할은 형사특별법이 아닌 형법이 담당하고 있다. 프랑스에 있어서 공연음란행위는 개인적 법익에 해당하는 성적 침해의 일 유형으로 파악되고 있으며 성매매 역시 사람의 존엄성 침해라는 관점에서 판단하고 있다는 점에서 다른 나라의 입법태도와는 구별된다. 대륙법계 국가인 독일, 스위스에서는 형법상 공연음란행위와 성기노출행위에 대한 위법성의 정도를 구분하여 각각의 범죄구성요건을 따로 규정하고 있다는 점에서 우리나라의 경우처럼 이러한 행위를 형법과 경범죄처벌법에 규정하여 공연음란죄 구성요건에 대한 사법적 판단에 혼돈을 가져오는 상황을 입법적으로 해결하고 있다.

29) 특히 중혼금지의 문제를 범경제학적 측면에서 파악하고 있는 것으로 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., Aspen Publishers, 2003, p.163 참조.

IV. 성풍속에 대한 형벌규범 개입의 정당성

1. 사회적 법익과 성풍속의 관계

성풍속을 처벌하는 구성요건들을 살펴보면 보호하려는 법익의 모호성, 구성요건의 표지들에 대한 해석학적 불특정성, 의도한 형사정책적 목적에 도달할 수 없는 비효율성이 그 행간에 걸려 있다.³⁰⁾ 다시 말해 성도덕이라는 개념은 법익으로서의 실질을 갖추고 있다기보다는 막연한 직관적 추측에 불과하고 구성요건의 표지를 정확하게 해석할 수 없으므로 형사정책적 측면에서 의도하는 성윤리의 고양이라는 목적에는 도달할 수 없다.³¹⁾ 아울러 이러한 추상적 가치개념은 개인이 지닌 주관적 윤리관의 차이와 시대상황에 따라 끊임없이 변모하기 마련이다. 특히 윤리나 도덕에 형벌규범의 옷을 입힐 경우 그 사회의 지배적 위치에 있는 사람들의 의견과 영향력이 의도적으로 많이 반영되어 왔던 점을 고려해 볼 때, 사회윤리적 가치에 대한 판단근거가 현실적 힘을 소유한 국가나 일부 특정 계층 내지 집단의 논리로 해석될 소지도 크다.

성도덕 내지 성윤리라는 법익에 대해서는 그 기준과 실체가 모호한 만큼 이를 침해한다는 이유를 들어 처벌하려면 몇 가지 전제되는 의문이 해소되어야 한다. 즉, 건전한 성풍속이나 사회의 성도덕·성윤리라는 사회적인 법익의 실체가 무엇인지, 그러한 사회적 법익의 판단기준은 무엇이며, 그 침해행위가 반드시 처벌되어야만 하는 행위인지, 처벌되어야 한다면 어떤 행위가 처벌되어야 하는지를 수범자인 국민에게 납득시켜야 한다.³²⁾ 따라서 이와 같은 비판적 성찰이 전제되지 아니한다면 해당규범은 제정될 당시의 동기 및 존치의 정당성과는 상관없이 맹목적·습관적인 형벌규범이 되어 장식적 의미를 넘어서지 못하게 된다.³³⁾ 아울러 아동·청소년을 대

30) 김영환, “풍속을 해하는 죄에 관한 비판적 고찰”, 『형사법연구』 제22호, 2004, 861면 이하 참조.

31) 김영환, “법과 도덕의 관계-특히 한국형법을 중심으로”, 『법학논총』 제25집 제4호, 2008, 18-20면 참조.

32) 변중필, “형법의 임무”, 『형사정책연구』 제8권 제4호, 1997, 322면; 류화진, “성적 인식 변화에 따른 형사법의 전망”, 『법학연구』 제47권 제2호, 2007, 17면.

33) 박찬걸, “비범죄화의 유형에 관한 연구”, 『저스티스』 통권 제117호, 2010. 6, 130면.

상으로 한 경우를 제외하면 성풍속과 관련된 범죄는 그 내면이 피해자 없는 범죄가 아니라 피해자 없는 도덕적 악행에 불과하다는 점에서도 성풍속의 사회적 법익성에 대한 재검토가 필요하다.³⁴⁾ 더불어 건전한 성풍속이라고 하는 추상적이고 구체화될 수 없는 법익을 보호하고자 국가가 형벌규범을 과도하게 적용한다면 근대형법이 지향해 온 ‘법과 도덕의 분리’라는 측면과도 상충하게 되어 자칫 ‘도덕의 형법화’ 또는 ‘형법의 도덕화’를 불러 올 우려가 있으므로,³⁵⁾ 성풍속범죄 역시 성범죄와 마찬가지로 개인의 성적 자기결정권을 직접적·구체적으로 침해하는 범죄유형만을 대상으로 삼아야 한다.³⁶⁾

2. 성풍속의 탈윤리화와 비범죄화

사회 구성원들이 전체적으로 문제점을 인식하여 인위적으로 해결되어야 한다고 믿는 일탈적 사회현상을 사회문제로 정의하더라도 그 하부구조를 이루는 양성불평등과 가족해체, 가치혼란 내지 가치갈등의 문제 그 자체를 곧바로 범죄현상으로 결부시키거나 범죄대응의 방식으로 해결할 수는 없다. 그런데 특히 성풍속에 관해서는 이러한 사회적 쟁점에 대해 가치관련적인지 사실관련적인지 여부를 놓고 객관적 결론이 내려지지 않고 손쉽게 형벌규범으로 대응하도록 방치하여 근본적인 사회문제의 방향을 왜곡하고 사회질서 유지라는 명목으로 본질이 흐려져 있다. 그러나 성도덕 내지 성윤리는 사실과 가치가 격돌하는 영역의 사회문제로서 이에 대해 형벌규범으로 보호하거나 그 침해현상을 간단히 범죄문제로 치환해서는 안 될 것이다.

형법의 탈윤리화란 인간의 사회적 일탈행위 가운데 도덕이나 윤리 등 다른 사회규범으로도 충분히 자정 가능성이 있는 행위를 형법에서 제외시키는 시도를 의미하며, 비범죄화는 과거, 형법이 범죄로 규정하였던 행위를 삭제하는 것으로서 개인의

34) 오병선, “자유제한의 원리와 도덕의 법적 강제”, 『서강법학연구』 제3권, 2001, 8면.

35) 이와 관련하여 젠더/섹슈얼리티의 구성을 고려한 형법담론의 의제 설정을 요청하고 있는 것으로 이호중, “성형법 담론에서 섹슈얼리티의 논의지형과 한계”, 『형사정책』 제23권 제1호, 2011, 352면.

36) 이경재, “성윤리와 형법-성풍속범죄에 대한 형법적 규제”, 『비교형사법연구』 제12권 제2호, 2010, 312면.

사생활 및 자유에 대한 국가간섭의 배제 등 일련의 사회변화로 인하여 비교적 경미한 범죄행위를 사회공동체의 윤리적·도덕적 자정기능에 맡기고 가능한 한 형사처벌의 대상으로 삼지 않으려는 것이다. 형벌규범이 윤리로부터 탈피하려는 경향은 필연적으로 비범죄화와 연결되어 있다. 따라서 법규범이 고정 불변하지 않고 시대의 변천과 문화적 변동에 따라 반응하는 것이라는 사실은 성행위와 관련된 형벌규범의 변화에도 타당하게 적용된다. 이에 따라 과거 범죄로 처벌되었던 것이 비범죄화되기도 하고,³⁷⁾ 혹은 새로운 범죄화의 요구에 따라 처벌가능성이 검토되기도 한다.³⁸⁾

일반적으로 법률상 또는 입법상 비범죄화가 실현되는 동기에는 첫째, 사회공동체가 유지하는 범죄관의 변화로 인하여 범죄행위로 인식되었던 행위가 사회적으로 용인되어 완전한 합법화를 국가가 입법의 형식으로 선언하게 되는데, 이때 기존의 형법규정은 폐지되고, 이에 대체할 만한 보충적 규정 역시 입법되지 않는다. 둘째, 사회통념에 의하더라도 범죄행위로 인식되었던 행위의 당벌성은 여전히 존재하지만, 국가의 역할 또는 형법의 기능에 관한 사상 또는 형사사법제도의 효율성 관점에서 그 처벌의 필요성이 소멸할 수도 있다. 그러므로 피해자 없는 범죄로 인식되는 간통, 음행매개, 성매매 그리고 음란 관련 범죄구성요건 등의 일부가 비범죄화되어야 하는 근거는 이러한 관점에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.³⁹⁾

37) 예컨대 편제상 개인적 범익에 관한 죄에 규정되어 있었으나 그 성격상 사회적 범익침해에 해당하는 혼인방자간음죄에 대하여 1953년 형법 제정 당시 성적 자기결정권이 약한 여성을 보호한다는 명목 아래 입법된 것이었지만 성 개방 의식의 확산과 성적 사생활의 영역에 국가가 개입하여 통제하는 것은 문제라는 인식이 커지면서 위헌판결(헌법재판소 2009. 11. 26. 2008헌바58결정)을 통하여 규범적 효력을 일소시킨 바 있다.

38) 선량한 성폭속의 실현이라는 취지 아래 사회적, 병리적 현상에 속하는 스와핑행위를 처벌하는 이른바 부부교환죄를 신설하자는 견해로는 범경철, “현행법상 스와핑에 대한 법적 고찰”, 『법학연구』 제18권 제4호, 2008, 218면 이하 참조.

39) 김혜경, 법정형체계의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2006, 33-36면.

3. 개별 범죄구성요건의 비판적 분석

가. 간통죄

1) 보호법익의 재검토

유사 이래로 동·서양을 막론하고 간음행위는 엄중한 처벌의 대상이었다. 그런데 이에 대한 처벌은 표면상 도덕적 윤리주의에 근거하고 있으나 그 실질은 가부장적 사고방식에 따라 여성을 생산수단과 직결된 하나의 재화로 보는 관행으로부터 빚어진 것이라고 할 수 있다. 특히 로마시대의 여러 법률에서 나타나는 간통행위에 대한 처벌규정이 가부장권과 부의 지위 보호에 중점을 두고 있었던 것도 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.⁴⁰⁾ 그런데 현재에도 이슬람국가들을 중심으로 이와 같은 흔적이 여전히 남아 있기는 하나 지난 50년간을 기준으로 국제사회는 간통행위를 처벌하기 보다는 비범죄화하는 방향으로 나아가고 있다.⁴¹⁾

오늘날 간통죄는 사회적 법익을 보호하기 위하여 개인의 성적 자기결정권이 제한되는 대표적인 범죄로 거론되는데 이를 범죄로 규정하게 된 보호법익은 건전한 성

40) 서양에서 처음으로 간통을 공개적인 범죄로 취급한 것은 아둘테리움(Adulterium)에 관한 아우구스투스(Augustus)의 율리아법(Julian law)이다. 아둘테리움이란 간통·음란행위·근친상간 등을 포함하는 것으로 간통보다 상위의 개념으로 추정된다. 이에 따르면 여성의 간통은 ‘가문의 혈통’을 혼란시킨다는 점을 중시함으로써 형식적으로 처의 간통은 처이기 때문에 또는 여자가기 때문에 별하는 것이 아니라, 가문의 혈통을 보호하기 위하여 별해야 한다는 봉건적인 관념을 기초로 한 것이다. 아울러 로마의 전주정시대에는 간통죄로 처벌된 여성의 재혼을 금지한 간통처벌법(*lex Iulia de adulteriis Coercendis*)을 채용하였으나 적용범위를 제한하여 간부(姦婦)와 상간자에게만 적용했다. 또한 원수정시대의 법은 간통한 처와의 이혼을 강제했으나, 간부의 배우자에게 혼인을 계속할 의사가 있을 때에는 혼인관계의 존속을 허용하였다. 로마시대 간통처벌법에 대해서는 Kyle Harper, *Slavery in the Late Roman Mediterranean, AD 275-425: An Economic, Social, and Institutional Study*, Cambridge University Press, 2011, pp.428-429 및 pp.444-445 각 참조; 우리나라에서도 오래 전부터 부계혈통의 보호라는 유교이념 아래 간통을 처벌해 왔다. 조선시대에는 기혼 유무, 남녀 구분 없이 혼외의 성관계를 간통으로 취급하였는데, 배우자의 고소를 기다리지 않고 국가가 직접 개입하여 처벌하였다. 이와 관련하여 조지만, *조선시대의 형사법: 대명률과 국전, 경인문화사*, 2007, 114, 192면 각 참조.

41) 1945년부터 2005년까지 국제사회에서 간통죄에 대한 처벌을 확대하거나 축소한 결과에 대해서는 David John Frank, Bayliss J. Camp, and Steven A. Boucher, *Worldwide Trends in the Criminal Regulation of Sex, 1945 to 2005*, *American Sociological Review* 75(6), American Sociological Association, 2010, pp.879 참조.

적 풍속으로서의 성도덕, 부부간의 성적 성실의무, 일부일처의 혼인제도 등을 들 수 있다. 그러나 다른 풍속범죄와 달리 간통은 밀행되는 성격으로 인하여 성적 풍속으로서의 성도덕과는 직접적인 관계가 없으므로,⁴²⁾ 이에 근거하여 정당화를 주장하는 것은 타당하지 아니하다. 최근에 외서 혼인계약상의 성적 성실의무 위반이라는 의미가 전면에 부각되고 있으나,⁴³⁾ 부부간의 성적 성실의무 역시 형벌로써 강제하여 보호할 성질의 것은 아니다.⁴⁴⁾ 따라서 간통죄를 통해 보호하고자 하는 법익은 일부일처의 혼인제도라고 할 것이다. 결국 간통죄 존폐 논의는 성적 자기결정권이라는 개인적 법익과 혼인제도의 유지라는 사회적 법익의 충돌을 어떻게 조율할 것인지의 문제로 귀착된다고 할 수 있는데,⁴⁵⁾ 인간존재가 행복을 추구하며 살아가는 과정에서 공동체주의와 자유주의가 상호 대립하는 경우, 어떠한 법익을 우선해야 할 것인지에 대한 규명이 필요하다.⁴⁶⁾

2) 처벌의 정당성

존치론의 주장과 같이 가정과 혼인의 의미를 형벌규범으로 강제하더라도 신뢰의 기반이 무너진 부부관계가 복원되는 것은 아니며, 간통으로 인한 가정 파탄현상이 사회전체의 병리현상을 초래한다는 주장 역시 지나친 억측에 불과하다. 아울러 간통행위를 처벌하지 아니할 경우 간통발생률이 급격하게 증가할 것이라고 하나 살인

42) 그러나 간통행위를 사회유해적 침해행위로 판단하면서 간통죄규정에는 규범내면화를 통한 규범안정기능이 있고, 반성적 사유에 따른 교양적 학습효과에 있어 간통금지에 관한 형벌규범의 현존만큼 명정한 수단이 없다는 견해로는 김일수, “간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관”, 『헌법논총』 제19집, 헌법재판소, 2008, 308면 이하 참조.

43) 이주희, “간통의 형사처벌과 그 헌법적 정당성”, 『법과 정책연구』 제8집 제2호, 2008, 16면.

44) 간통죄를 이른바 배신죄의 일종으로 파악하면서 존치하되 배우자 있는 자만 처벌하는 방안이 제시되고 있는데, 이에 따르면 간통죄의 보호법익으로 거론되는 3가지(건전한 성풍속, 가족제도, 부부간의 성실의무) 중에서 전2자는 추상적인 법익이지만 후1자는 피해자의 피해가 구체적으로 인정되는 법익으로 판단하여 여기서 후1자인 부부간의 성실의무를 간통죄의 주된 보호법익으로 상정하면 간통죄가 배신죄의 성격을 갖게 되어 배우자 있는 자만 처벌하고 상간자는 처벌하지 않는 방안이 제시될 수 있다고 한다. 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009, 428면.

45) 이열·김성돈, “성적 자기결정권의 형법적 의의와 기능”, 『법학논총』 제34권, 2010, 413면.

46) 이와 관련해서는 신동룡, “법담론에 있어서 자유주의와 공동체주의”, 『법철학연구』 제13권 제3호, 2010, 37면 이하 참조.

죄를 처벌하지만 살인율이 감소되지 않는 것과 마찬가지로 간통죄의 폐지가 간통발 생률에 중대한 영향력을 발휘하지도 않을 것이다. 더불어 문제되는 것은 현실적으로 형사처벌 자체가 진정한 목적이 아니라 이혼할 경우 위자료산정이나 재산분할 등 민사적 분쟁을 해결하기 위한 수단으로 국가형벌권을 남용하고 있다는 점 역시 간통죄의 폐해 가운데 하나로 지적된다.⁴⁷⁾ 우리 형법이 중혼행위에 대한 처벌규정을 두지 아니한 것과 대조적으로 대다수의 국가들에는 중혼금지를 형벌규범으로 명문화하고 있다. 그런데 간통죄와 중혼죄는 혼인의 진정성 확보를 침해하는 반윤리적인 행위를 규제하는 측면에서 동일한 효과를 나타내고 있으나 가벌성의 범위는 중혼의 경우가 간통보다 확대되어 있다고 볼 수 있다. 간통은 혼외의 간음행위만을 가벌성의 대상으로 삼고 있는데 대하여 중혼은 단순히 성행동으로서의 간음만을 문제 삼는 것이 아니라 사회적이고 규범적 차원에서 지지되는 정상적인 일부일처의 혼인제도가 침해되었다는 데에서 가벌성을 찾고 있다. 더불어 우리나라가 이러한 중혼의 문제를 형사 처벌하지 않고 민사상 이혼 또는 취소소송을 통하여 사적 자치의 영역에 맡기고 있다면 오히려 간통 또한 국가형벌권이 아니라 불법행위에 대한 민사적 구제수단에 그 책무를 넘겨야 하는 것이 당연하다.

3) 헌법재판의 한계와 입법상 비범죄화

헌법재판소는 지금까지 모두 네 차례에 걸쳐 간통죄에 대한 헌법재판에서 합헌결정을 내린 바 있으나 시대의 변화에 따라 다양한 위헌의견도 제시되어 왔다.⁴⁸⁾ 이를 반영하듯 최근 또다시 위헌제청형 헌법재판이 제기되어 있으며,⁴⁹⁾ 이외에도 4건의

47) 신동운, “형법개정과 관련하여 본 간통죄 연구”, 『형사정책연구』 제2권 제1호, 1991, 389-390면.

48) 과거 간통죄에 대한 헌법재판에서 제시된 반대의견 가운데 처벌 자체가 헌법에 반한다는 의견은 각 결정마다 1인(89헌마82결정 및 90헌가70결정에서 재판관 김양균, 2000헌바60결정에서 재판관 권성)에 불과하였고, 법정형이 과중하다는 이유의 반대의견은 89헌마82결정 및 90헌가70결정에서만 2인(재판관 한병채, 재판관 이시윤)이었으나, 2007헌가17·21결정, 2008헌가7·26결정, 2008헌바21·47결정(병합)에서는 간통 및 상간행위의 처벌 자체가 헌법에 반한다는 의견이 3인(재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 목영준), 간통 및 상간유형 가운데 일부 비난가능성이 없는 행위 등에까지 형벌을 부과하는 것은 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 1인(재판관 김희옥), 간통 및 상간행위의 처벌 자체는 헌법에 반하지 아니하나 법정형이 과중하여 위헌이라는 의견이 1인(재판관 송두환)으로 반대의견이 다양해졌다.

49) 2011년 8월 8일, 의정부지법 형사1부는 간통사건(2010고단4051)의 항소심(2011노1013)에서 형법

헌법소원형 헌법재판이 현재에 계류되어 있다. 그런데 만일 현재에 의해 간통죄가 위헌으로 선언된다고 하더라도 이제까지 간통죄로 기소되어 유죄 선고를 받은 이들이 모두 재심을 청구하여 무죄 판결과 형사보상금을 받으려 한다면 국가적 재정부담의 증가와 국민의 윤리의식에 상당한 혼란이 초래될 수 있다. 따라서 현재의 위헌 결정을 기다려 비범죄화하기보다는 형법개정작업이 진행되고 있는 지금을 기회로 국회가 형법 개정절차를 거쳐 간통죄를 폐지하는 것이 바람직하다.⁵⁰⁾

나. 음행매개죄

1) 보호객체의 범위

형법상 음행매개죄(제242조)에는 매개자·부녀·간음자 3인이 필요적 공범의 형태로 참가하게 되나 매개자만 처벌된다. 이 죄는 영업상의 이익을 추구하기 위해 부수적 방편으로 성관계의 쌍방을 연결하는 행위를 위법한 행위로 보아 처벌하는 것으로서 13세 이상 19세 미만인 미성년 부녀와 음행의 상습성 없는 19세 이상인 성년 부녀에 대한 성보호를 보호법적으로 한다.⁵¹⁾ 그런데 형법상 음행매개죄는 매개행위로 인하여 간음이라는 결과가 일어나야 기수가 성립되지만 18세 미만 아동에 대한 음행매개는 매개행위 이외에 간음행위로 나아갈 것을 구성요건으로 하지 않으므로, 아동에 대한 간음 여부는 범죄성립에 영향을 미치지 않는다. 따라서 매개행위만 있으면 아동복지법상 음행매개행위는 기수가 되고, 그 이후 간음행위로 나아갔는지 여부는 별도로 아동·청소년성보호법의 적용문제를 제기할 뿐이다.⁵²⁾

제241조에 대해 직권으로 위헌제청결정을 내렸다. 재판부는 제청이유에 대해 “일부일처제에 더 잡은 혼인제도 및 부부간 성적 성실의무 보호라는 공익이 더는 형법상 간통죄 처벌규정을 통해 달성될 것으로 보기 어려운데다, 간통죄 규정은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 국민의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것이므로 법익의 균형성을 상실했다”라는 점을 지적하고 있다.

- 50) 허일태, “간통죄의 위헌성-헌재(2001. 10. 25. 2000헌바60 전원재판부)의 결정문을 중심으로-”, 『저스티스』 제104호, 2008, 118면 이하 참조.
- 51) 미성년자에 대한 음행매개죄의 성립에는 그 미성년자가 음행의 상습이 있거나 그 음행에 자진 동의한 사실은 하등 영향을 미치지 아니한다. 대법원 1955. 7. 8. 선고 4288형상37판결.
- 52) 김혜경, “아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토”, 『형사정책연구』 21권 제1호, 2010, 52-53면.

2) 가별성의 범위 조정

그런데 이 죄는 엄밀하게 보자면 음행 자체가 아니라 영리목적에서 가별성을 발견할 수 있으나 현실적으로 볼 때 기껏해야 불특정 다수인이 모인 클럽 등 유흥업소를 개장하여 영업수단으로 성행위 또는 유사성행위를 매개하거나 집단 또는 교환형성관계 광고를 정보통신망을 이용하여 게재한 후 회원모집형태로 이를 매개 정도가 처벌대상이 될 것이다. 그러나 성년 부녀에 대한 음행매개행위가 설령 영리의 목적을 띠고 하더라도 그 가별성의 정도는 경미한 성적 일탈 수준에 그친다고 보아야 하는데, 이에 대해 형벌규범을 투입하는 것은 전형적인 과잉입법에 해당한다. 더불어 음행의 상습이 없다는 것은 순결을 지키려 하거나 최소한 성생활이 문란하지 않은 경우를 말하는데 이와 같은 순결 이데올로기에 입각하여 차별적으로 보호대상을 지정하는 것은 간통죄 처벌에 있어서와 마찬가지로 여성을 가부장권 아래 복종시키려는 부당한 강요이자 불필요한 사생활 침해라고 할 수 있다. 따라서 19세 이상의 성인부녀에 대한 음행매개행위는 비범죄화되어야 하고, 미성년 부녀 가운데 규범적 공백이 생길 수 있는 18세 이상 19세 미만 부녀의 경우에도 이를 일률적으로 처벌하기보다 과거와 달리 이들 연령대에서 나타나는 성적 인식에 대한 변화된 기준을 검토하여 가별성이 인정될 경우 처벌하되 그 정도는 경범죄처벌 수준에 그쳐야 한다.⁵³⁾

다. 자발적 성매매와 그 알선 등 행위

1) 가별성의 근거

자발적 성매매와 이에 대한 알선행위를 규범적으로 판단하는 지구촌 사회의 태도는 다양한데,⁵⁴⁾ 크게 양자 모두를 합법화하는 경우,⁵⁵⁾ 성매매는 합법화하면서 알선

53) 윤동호, 형법각칙 개정연구[4]-개인적 법익에 관한 죄(3)-, 형사정책연구원, 2007, 62-63면; 그러나 형사입법자들은 오히려 형법 제242조의 구성요건에 대해 ‘미성년 또는 음행의 상습 없는 부녀’를 ‘사람’으로 확대하려는 형법개정법률안(의안 제2051호)을 발의해 두고 있다.

54) 이에 대해서는 <http://worldwideprostitution.com/category/law/> 참조

55) 이러한 범주에는 그리스, 독일, 네덜란드, 몰타, 에콰도르, 니카라과, 베네수엘라, 인도네시아, 뉴질랜드 등 9개국에 속한다. 특히 독일의 경우는 2002년 1월 1일부터 발효된 성매매여성의 법적 권리

만을 처벌하는 경우,⁵⁶⁾ 성매매에 대해 연령, 건강검진 등 일정한 조건을 부과하여 제한적으로 합법화하면서 알선을 처벌하는 경우,⁵⁷⁾ 모두 범죄로 처벌하는 경우로 나누어진다.⁵⁸⁾ 우리나라의 현행 형법상 성매매 자체를 처벌하는 규정은 없으며 이러한 성매매와 그 알선 등 매개행위는 성매매특별법에 의해 규제될 뿐이다. 성매매 특별법은 거러되는 성행위를 범죄화하면서(제21조 제1항), 이를 알선 등 매개하는 행위도 범죄로 규정하고 있다(제19조). 그런데 성매매에 대한 처벌의 실익이 사회 내의 성도덕 내지 성윤리를 유지하는 것이라고 말 할 수는 없다. 왜냐하면 성매매를 처벌하려는 의도가 여성에 대한 폭력 내지 착취에 대한 근절을 의미하는 것이기 때문에 강제된 성매매만이 여성에 대한 폭력이며, 자발적인 성매매는 피해자 없는 범죄라고 할 수 있다. 따라서 자발적 성매매를 비범죄화하는 입법적 결단을 내리고, 성매매 알선 등의 행위는 형법에 흡수하여 규정해야 한다. 그러나 자발적 성매매를 비범죄화하지는 것은 성매매 자체를 조장하거나 장려하려는 것이 아니라 성매매의

를 위한 법률(ProstG)에 따라 직업으로서의 성매매를 인정하고 있는데 그 이유는 성매매 자체에 대한 도덕적 평가를 달리하는 것이 아니라 성매매 현장의 여성에게 지워진 사회의 이중적 도덕성을 개선하기 위한 것이고 풍속에 어긋나는 계약으로서의 성매매를 법적 보호 아래 두어 성매매 여성의 인간적 존엄성을 회복해 주기 위한 것이다.

- 56) 영국, 프랑스, 아일랜드, 오스트리아, 스위스, 핀란드, 체코, 폴란드, 덴마크, 룩셈부르크, 터키, 키프로스, 헝가리, 아르메니아, 슬로바키아, 키르기스스탄, 이탈리아, 포르투갈, 이스라엘, 캐나다, 멕시코, 온두라스, 과테말라, 아르헨티나, 우루과이, 엘살바도르, 브라질, 콜롬비아, 볼리비아, 코스타리카, 페루, 칠레, 파라과이, 벨리즈, 도미니카공화국, 파나마, 세네갈, 에티오피아, 타이완 등 39개 국가가 여기에 해당한다.
- 57) 아이슬란드, 라트비아, 노르웨이, 스웨덴, 오스트레일리아, 방글라데시, 싱가포르, 말레이시아 등 8개국이 여기에 속한다.
- 58) 이 유형에는 러시아, 리투아니아, 슬로베니아, 알바니아, 크로아티아, 몰타, 이집트, 아프가니스탄, 이란, 이라크, 사우디아라비아, 요르단, 아랍에미리트연방, 케냐, 라이베리아, 우간다, 르완다, 앙골라, 남아프리카공화국, 미국, 아이티, 수리남, 자메이카, 쿠바, 바하마, 도미니카, 트리니다드토바고, 세인트루시아, 그레나다, 바베이도스, 가이아나, 앤티가 바부다, 대한민국, 북한, 중국, 일본, 필리핀, 캄보디아, 태국, 인도 등 40개국이 해당한다. 그런데 일본의 경우 직접적인 성교행위만을 성매매로 정의하고 유사성교행위는 불법이 아니라 하나의 산업인 풍속업종으로 이를 합법화하고 있다. 이와 관련하여 Holly Sanders, "Indentured Servitude and the Abolition of Prostitution in Postwar Japan", Cambridge, Mass.: USJP Occasional Paper 06-11, Program on U.S.-Japan Relations, Harvard University, 2006, pp.41 이하 참조; 미국에서는 1910년까지 성매매를 비범죄화하였으나 현재로는 네바다주의 11개 카운티에서만 성매매와 그 알선행위를 합법화하고 있다. 미국에서 이와 같은 법적 변화를 가져오게 된 배경에 대해서는 Melissa Hope Ditmore, *Prostitution and Sex Work*, ABC-CLIO, 2010, pp.65 이하 참조.

주위를 겹겹이 둘러싸고 있는 그보다 근본적으로 더 해악이 강한 사회적 병폐와 불법적 범죄를 해결하기 위한 대응적 고려에 기인한 것이라는 사실에 주의해야 한다.

2) 비범죄화의 한계

자발적 성매매를 합법화하게 될 경우 음지에 있던 성매매가 사회의 한 가운데로 나오게 되어 그에 따른 부작용이 야기될 수도 있지만 본질적인 문제로 지적되는 포주나 성구매자로부터 일어나는 성착취의 문제를 해결할 수 있고, 나아가 국가에 대해 장식적 후견에서 벗어나 적극적으로 성매매 현장의 성판매자들에게 개입하여 부도덕한 성매매를 포기할 수 있는 실질적 후견의 방안을 마련하도록 강제하게 될 것이다. 혼인관계를 벗어난 성관계는 불순하다는 일반적인 사회적 인식을 기준으로 성매매를 재단한다면 제재당위성은 인정되지만 형벌필요성을 검토할 때 이에 대한 형사처벌은 적정성에 위배되며 일반예방과 특별예방 측면에서도 바람직하지 않기 때문에 성인간에 이루어진 성매매는 행위자 쌍방을 모두 비범죄화하여야 한다.⁵⁹⁾

그런데 당사자 사이의 합의가 있다면 청소년성매매도 비범죄화해야 한다는 주장이 있으나,⁶⁰⁾ 정신적, 신체적으로 미성숙한 청소년의 경우는 성적 자기결정권의 의미와 성매매의 문제점을 제대로 인식하지 못할 가능성이 크고, ‘동의’의 이름 아래 이들의 성을 착취하려는 성인이 생겨날 수 있으므로 비범죄화의 대상에서는 제외되어야 한다. 따라서 성매매특별법상 성인에 대한 성매매 알선, 강요 등의 죄(법 제19조) 및 아동·청소년성보호법상 이들에 대한 성매매 알선, 강요 등의 죄(법 제12조), 아동복지법상 아동에 대한 음행매개죄(법 제29조 6호)와 아동·청소년의 성을 사는 행위(아동·청소년성보호법 제10조)는 형법상 하나의 구성요건으로 정비해야 하며 가벌성이 경미한 성인에 대한 성매매 권유와 유인행위는 경범죄처벌법에 흡수시켜

59) 김성천, “성매매의 비범죄화,” 『중앙법학』 제6집 제4호, 2004, 136면; 이재경, “성매매특별법 시행 4년에 대한 평가와 제언,” 『형사정책연구』 제20권 제1호, 2009, 722면; 이덕인, “자발적 대가성 성관계의 비범죄화,” 『형사정책』 제20권 제1호, 2008, 179면; 이영란, “성매매(윤락행위) 최소화를 위한 입법정책,” 『저스티스』 통권 65호, 2002. 2, 203면; 임상규, “성매매특별법의 필요성과 문제점,” 『형사정책』 제17권 제1호, 2005, 191면; 조국, “성매매에 대한 시각과 법적 대책,” 『형사정책』 제15권 제2호, 2003, 281면.

60) 이훈동, “한국의 성문화와 형사법,” 『외법논집』 제25집, 2007, 54면.

처벌하도록 하는 것이 바람직하다.

라. 공연음란죄

1) 보호법익의 재검토

현행 형법은 공연한 음란행위를 처벌하고 있는데(제245조), 구체적으로 보면 음란행위를 은밀히 혼자서 즐기거나 혹은 동의한 상대방과 즐기는 경우라면 불가벌이 되지만 다수의 사람이 현존하는 공간에서 이러한 행위를 하는 경우는 물론이고 단순히 성기 등 신체의 주요부위를 드러낼 경우 음란행위를 한다는 행위자의 주관적 의사를 기준으로 이에 대한 고의가 없다면 경범죄처벌법에 따라 처벌되지만 누군가 볼 수도 있다는 인식 아래 직접적인 신체 접촉 없이 성기를 꺼내들거나 꺼내들려는 행위만으로도 공연음란죄에 의한 처벌을 면할 수 없다.⁶¹⁾

중전까지 판례는 가벌성의 범위를 좁게 성교행위와 자위행위로 국한해야 하는지 아니면 성기나 나체의 노출까지 확대해야 하는지를 놓고 '정상인의 성적 수치심' 또는 '선량한 성적 도의관념'이라는 주관적 가치개념을 기준으로 판단해 왔다.⁶²⁾ 그러나 이러한 사법적 해석의 배경에는 근본적으로 군국주의적 사회감시체제를 가동하던 일본의 다이쇼(大正)시대 판결의 암울한 그림자가 드리워져 있으며,⁶³⁾ 그로부터 100여년이 지난 오늘날 이러한 기준으로 가벌성을 근거 짓는 것은 타당하지 아니하

61) 공연음란죄와 경범죄처벌법상 과다노출의 기준에 대해 판례(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003도6514 판결)는 다음과 같이 구분하고 있다. “경범죄처벌법 제1조 제41호가 '여러 사람의 눈에 띄이는 곳에서 함부로 알몸을 지나치게 내놓거나 속까지 들여다보이는 옷을 입거나 또는 가려야 할 곳을 내어 놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람'을 처벌하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 신체의 노출행위가 있었다고 하더라도 그 일시와 장소, 노출 부위, 노출 방법·정도, 노출 동기·경위 등 구체적 사정에 비추어, 그것이 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하는 것이 아니라 단순히 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 정도에 불과하다고 인정되는 경우 그와 같은 행위는 경범죄처벌법 제1조 제41호에 해당하지언정, 형법 제245조의 음란행위에 해당한다고 할 수 없다.”

62) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005선고1264판결; 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003도6514판결; 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000도4372판결; 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980판결; 이러한 규범적 정의는 1951년 일본 최고재판소의 판결에 나타난 외설개념의 정의와 일치한다. 日本最高裁判所 1951. 5. 10. 昭和26(あ)172号 第一小法廷 判決, 刑集 第5卷 第6号, 1026頁 참조.

63) 日本大審院 1910. 6. 10, 大正7(れ)1465号 刑事第二部 判決.

다. 이와 같은 비판에 따라 최근에 와서 판례의 입장은 사회적 유해성을 기준으로 판단하려는 변화된 태도를 취하고 있다.⁶⁴⁾ 그런데 성행동과 관련된 사회적 유해성은 판례와 같이 사회질서의 교란이라든가 공중에게 심한 불쾌감을 주는 성에 대한 표현내용이 아니라 성에 대해 가해지는 공격성과 관련된 것으로 보아야 하는데 공연음란죄의 행위태양이 이러한 폭력적 성향으로 나가는 경우는 공연음란행위를 넘어 별도의 성범죄를 구성하게 된다고 할 수 있다. 따라서 보호법익은 사회적 유해성이 될 수 없으며, ‘성적 자기결정권의 침해로서의 성적 수치심 야기’ 또는 ‘원하지 않는 성적 행위에 대한 거부 내지 그로부터의 사생활적 평온’을 내용으로 해야 한다.

2) 음란성 판단의 기준

더불어 음란물죄에 일반적으로 적용되는 문제이지만 성관계를 직접적으로 묘사 하더라도 그 표현행위만을 근거로 음란하다고 판단하는 것은 음란성을 성도덕 내지 성풍속의 보호 문제로 제한하려는 우를 범하는 것이 된다. 다시 말해 ‘음란성’은 단순히 신체 일부에 대한 노출 여부가 문제되는 것이 아니라 그로 인하여 타인의 성적 자기결정권이 침해되었는지 여부를 기준으로 판단되어야 한다. 음란한 성표현이 금지되어야 하는 이유가 몸이나 성관계를 적나라하게 묘사하는 데에 있는 것이 아니라 인간이 옷을 입고 있을 때와 마찬가지로 다른 사람의 존엄성을 비하하고 그에 대한 지배와 종속을 정당화하는 억압과 폭력이 개입하기 때문이라는 점을 상기한다면 설령 직접적인 성행동이 포함되어 있다고 하더라도 공연음란행위를 처벌해야 하는 실익은 그만큼 희석되고 무의미해 질 것이기 때문에 가벌성의 범위를 확대해서는 안 될 것이다.

64) 박강우, “공연음란죄에 관한 비판적 고찰”, 『안암법학』 제25권, 2007, 381면; 최근 대법원 판례는 과거와 달리 ‘음란행위’에 해당하려면 단순히 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 정도를 넘어 사회적으로 유해한 영향을 끼칠 위험이 있다고 평가될 정도로 노골적으로 성적 부위를 노출하거나 성적 행위를 표현해야 한다.”고 하여, 엄격화·구체화된 기준을 제시하려고 하고 있다. 박혜진, “형법상 음란행위의 ‘음란성’과 그 판단기준에 대한 비판적 고찰-대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도 3119판결을 중심으로-”, 『비교형사법연구』 제11권 제1호, 2009, 472면.

V. 맺음말

성과 관련된 태도와 행위가 급변하고 있는 상황에도 불구하고 우리 사회를 지배하는 보수적 성관념은 현실과 상당한 괴리를 보이고 있으며, 변화하는 성관련 가치관과 행위에 상응하는 새로운 성윤리 규범은 아직 정립되지 않았다. 이에 따라 성규범과 현실의 격차로 인하여 빚어지는 사회적 부작용에 대처하는 데에는 일정한 한계를 드러내고 있다. 도덕규범은 고정불변의 황금률이 아니다. 따라서 영원히 변하지 않을 것처럼 보이는 도덕적 기준과 규범도 시대의 변화와 사회문화적 압력에 따라 변형되거나 의미를 잃기도 한다는 사실은 오늘날 성풍속에 대한 형사법적 통제의 정당성에 의문을 제기하고 그에 따른 가벌성 내지 당벌성을 재검토하여 비범죄화하거나 처벌의 수위를 낮추도록 촉구하는 배경이 되고 있다.

따라서 현행 형법각칙 제22장의 명칭은 ‘성풍속에 관한 죄’에서 ‘성적 온전성 내지 성적 감정 또는 일탈적 성행위에 대한 죄’로 변경하는 것이 바람직하다. 아울러 구성요건 가운데 간통죄를 입법적으로 폐지해야 하며, 음행매개죄 역시 실제적 규제대상으로 되어 있는 성인부녀에 대한 경우는 비범죄화하고, 18세 이상 19세 미만 부녀를 대상으로 하는 경우에도 가벌성의 정도는 경범죄 처벌 수준으로 하향하는 것이 타당하다. 나아가 성매매의 경우 역시 성인간의 자발적인 성매매는 비범죄화 하되, 청소년 성매매는 처벌하고 이를 매개하는 행위에 대해서는 성인과 청소년의 경우를 형법상 하나의 조문으로 정비하여야 한다. 공연음란죄 또한 현재와 같이 일률적으로 가벌성을 인정할 것이 아니라 성적 자기결정권의 침해로 인하여 성적 수치심을 야기하거나 원하지 아니하는 성적 행위에 대한 거부 내지 그로부터 야기되는 사생활이 침해되는 경우로 처벌의 범위를 제한해야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김영환, “법과 도덕의 관계-특히 한국형법을 중심으로”, 『법학논총』 제25집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2008.
- _____, “풍속을 해하는 죄에 관한 비판적 고찰”, 『형사법연구』 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 김일수, “간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관”, 『헌법논총』 제19집, 헌법재판소, 2008.
- 김혜경, “아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토”, 『형사정책연구』 21권 제1호, 한국형사정책연구원, 2010.
- 류전철, “일본형법이 한국형법에 미친 영향”, 『법학논총』 제29권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009.
- 박강우, “공연음란죄에 관한 비판적 고찰”, 『안암법학』 제25집, 안암법학회, 2007.
- 박찬걸, “비범죄화의 유형에 관한 연구”, 『저스티스』 통권 제117호, 한국법학원, 2010.
- 박혜진, “형법상 음란행위의 ‘음란성’과 그 판단기준에 대한 비판적 고찰-대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도3119판결을 중심으로-”, 『비교형사법연구』 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.
- 법무부, 형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서, 2011. 4.
- 법무부·한국형사정책연구원·한국형사법학회·한국형사정책학회, 형법개정의 쟁점 및 검토, 2009. 9.
- 법무부 형사법제과, 형법개정 및 양형규정공청회 세미나자료집, 2008.
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 형사법개정자료, 1992. 10.
- 법무부, 형사법개정공청회 자료집, 형사법개정자료(XII). 1992.
- 신동룡, “법담론에 있어서 자유주의와 공동체주의”, 『법철학연구』 제13권 제3호, 한국법철학회, 2010.

- 신동운(편), 형법제정·개정자료집, 한국형사정책연구원, 2009.
- 이경재, “성윤리와 형법-성폭속범죄에 대한 형법적 규제”, 『비교형사법연구』 12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010.
- 이천현·도중진·권수진·신동일·김현우, 형법각칙 개정연구[9]-우리나라 및 주요 국가의 형법개정 동향-, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이천현·도중진·권수진·오영근·김현우, 형법각칙 개정연구[1]-형법각칙의 개정방향과 기본문제-, 형사정책연구원, 2007.
- 이호중, “성형법 담론에서 섹슈얼리티의 논의지형과 한계”, 『형사정책』 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011.
- 임 응, “비범죄화의 방안에 관한 연구”, 『성균관법학』 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007.
- 윤동호, 형법각칙 개정연구[4]-개인적 법익에 관한 죄(3)-, 형사정책연구원, 2007.
- 허일태, “간통죄의 위헌성-헌재(2001. 10. 25. 2000헌바60 전원재판부)의 결정문을 중심으로-”, 『저스티스』 제104호, 한국법학원, 2008.
- _____, “제정형법의 기본사상과 기초이론”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003.
- 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009.
- 형사법개정자료(VIII), 형법개정요강 소위원회심의결과, 형사법개정특별심의위원회, 1989. 1.

2. 외국문헌

- David John Frank, Bayliss J. Camp, and Steven A. Boutcher, Worldwide Trends in the Criminal Regulation of Sex, 1945 to 2005, American Sociological Review 75(6), American Sociological Association, 2010.
- Holly Sanders, “Indentured Servitude and the Abolition of Prostitution in Postwar Japan”, Cambridge, Mass.: USJP Occasional Paper 06-11, Program on U.S.-Japan Relations, Harvard University, 2006.

Kyle Harper, *Slavery in the Late Roman Mediterranean, AD 275-425: An Economic, Social, and Institutional Study*, Cambridge University Press, 2011.

Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch. Kommentar mit Erläuterungen*, Beck Juristischer Verlag; Auflage : 25. A. (2007).

Melissa Hope Ditmore, *Prostitution and Sex Work*, ABC-CLIO, 2010.

Limitation of Criminal Punishment on the Sexual Customs

Lee, Deok-In*

Despite the rapidly-changing attitudes and actions towards the sex-related issues, there seems to be a great gap between the conservative ideas about such issues, which are dominating our society, and the reality. New ethical standards for the sex-related issues have not been established yet even if the values and actions related to such issues are constantly changing. Therefore, there seems to be a certain level of limitation regarding the social adverse effect which is caused by the gap between the sex-related standards and the reality. The ethical standards are not those things which we can never change. Therefore, it is possible to change or even delete the moral standards and norms, which people believe will never change, according to the changes in the current period as well as all the social and cultural pressures. As a result, it is also possible to have a question about the legitimacy of the criminal restrictions related to the sex-related customs in our society as well as the appropriate level of such restrictions in order to apply the right kind of punishment to the sex offenders.

Furthermore, the criminal measures which are used to maintain the basic social and ethical order are subject to the influence of the changes related to the social awareness shown in the current period. If there seems to be a rapid kind of change in a certain society in terms of the social structure and the ethical awareness, it will be possible for the society to experience a greater level of dispute for values. In such a condition, it would be difficult to maintain or apply a certain value which can only be demanded as an ethical standard for a particular individual or group based on the criminal law. Such a process is quite

* Prof., LL.D., School of Police Administration, Busan College of Information Technology.

different from the reasonable legislative procedure for criminal laws. Instead, it could even cause a dispute against the peaceful social order. Therefore, regarding any unethical or irreverent action, it would be necessary to apply an autonomous social control system instead of any criminal standard. Also, regarding the process of maintaining a sound social community, it would be necessary to restrict any antisocial action which could harm the community by applying a criminal measure.

❖ Key Word: Decriminalization, Adultery, Suggestion of Sexual Immorality, Prostitution, Public Lewdness